

Selma Ferreira Lemes  
Carlos Alberto Carmona  
Pedro Batista Martins  
Coordenadores

# Arbitragem

Estudos em Homenagem ao  
Prof. Guido Fernando da Silva Soares, *In Memoriam*

Adriana Braghetta  
Adriana Noemi Pucci  
Antonio Maria Lorca Navarrete  
Arnoldo Wald  
Beat Walter Rechsteiner  
Carlos Alberto Carmona  
Carmen Tiburcio  
Clávio Valença Filho  
Edoardo F. Ricci  
Eduardo Damião Gonçalves  
Eleonora C. Pitombo  
Eugenia Zerbini  
Gui Conde e Silva  
Jacob Dolinger  
João Bosco Lee  
Jorge Fontoura  
José Carlos de Magalhães  
José Emílio Nunes Pinto  
Júlia Dinamarco  
Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme  
Marilda Rosado de Sá Ribeiro  
Maristela Basso  
Mariulza Franco  
Martin Hunter  
Mauricio Gomm Ferreira dos Santos  
Pedro Batista Martins  
Petrônio R. G. Muniz  
Regina Ribeiro do Valle  
Selma Ferreira Lemes

jurídica  
atlas

## O Uso da Medida Cautelar no Procedimento Arbitral<sup>1</sup>

Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme\*

**Sumário:** 1. Natureza jurídica da arbitragem, princípio da autonomia da vontade, teoria geral dos contratos e demais meios alternativos de solução de conflitos. 2. Capacidade para firmar cláusula arbitral. 3. O problema da validade e da eficácia da cláusula que descarta o uso da cautelar ou de medidas coercitivas no Poder Judiciário. 4. O uso da medida cautelar no procedimento arbitral. 5. Conclusão.

### 1 Natureza jurídica na arbitragem, princípio da autonomia da vontade, teoria geral dos contratos e demais meios alternativos de solução de conflitos

Determinar a natureza jurídica de uma instituição é estabelecer seu ser jurídico, ou seja, sua posição no mundo do direito, sua essência, ou, ainda, seu bem jurídico.

<sup>1</sup> Agradeço o convite da Professora Selma Lemes para homenagear o querido Professor Guido Soares.

\* Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie (graduação e pós-graduação) e da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC (graduação e pós-graduação – Cogeae). Coordenador e professor do curso de Mediação, Conciliação e Arbitragem na Escola Superior de Advocacia de São Paulo – núcleo Pinheiros. Professor convidado nos cursos de LLM do IbmeC-SP.

Autor do livro *Arbitragem*, lançado pela Quartier Latin (esgotado) e coordenador e co-autor do livro *Novos rumos da arbitragem no Brasil*, publicado pela Fiuza Editores.

O nosso entender é que a natureza jurídica da arbitragem incorpora o procedimento arbitral por inteiro à esfera contratual (teoria privatista, sendo Chiovenda seu maior precursor),<sup>2</sup> outorgando às partes a possibilidade em elegê-la ao firmar contratos e quando se referir a direitos patrimoniais disponíveis, conforme o artigo 1º da Lei nº 9.307/96, que prevê: “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”, vinculando as partes e remetendo-as à arbitragem, retirando a solução da controvérsia do Judiciário.

Todavia, para que isso ocorra, há de estar presente uma condição estrutural e basilar: advir da vontade das partes. Com efeito, constitui princípio fundamental da arbitragem e dos contratos por força do artigo 421 do Código Civil/2002.<sup>3</sup> Com precisão, acerta a Professora Selma Lemes<sup>4</sup> ao afirmar: “é no princípio jurídico da autonomia da vontade que repousa a arbitragem, posto que como forma de solução de controvérsias só pode surgir como sucedâneo à via judicial, quando as partes no negócio entabulado prevêm a cláusula compromissória ou sobre ela disponham em documento apartado”.

Importante se faz, neste momento, estabelecer duas premissas de caráter jurídico-terminológico, de acordo com a Lei de Arbitragem brasileira, a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996: cláusula compromissória e compromisso arbitral são duas figuras jurídicas inconfundíveis. Com efeito, estabelecem os arts. 3º, 4º, *caput*, e 9º, *caput*, da referida Lei brasileira, o seguinte:

*“Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.”*

*Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.”*<sup>5</sup>

*Art. 9º O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.”*

<sup>2</sup> Esta corrente relega o procedimento arbitral, por inteiro, à esfera contratual, e os árbitros só podem dispor sobre o material lógico da sentença, que restaria na esfera privada.

<sup>3</sup> Art. 421, CC/02 – “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

<sup>4</sup> LEMES, Selma. Cláusulas arbitrais ambíguas ou contraditórias e a interpretação da vontade das partes. In: MARTINS, Pedro Batista; GARCEZ, José M. Rossani (Org.). *Reflexões sobre Arbitragem em Memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*. São Paulo: LTr, 2002, p. 188.

<sup>5</sup> ApCiv – Negócio Jurídico com convenção de arbitragem. Ajuizamento de ação visando à rescisão do negócio jurídico. Extinção do processo sem julgamento de mérito, em face de cláusula compromissória. (TJ/RJ – 4ª Câmara Cível, ApCív. 15960/04, Rel. Des. Sidney Hartung, in <www.tj.rj.gov.br>).

A boa redação dos textos legais transcritos deixa clara a distinção entre a “cláusula compromissória” que se traduz no negócio dos contratantes de assunção da obrigação de celebrar, futura e eventualmente, o “compromisso arbitral” e o próprio “compromisso arbitral”, que se traduz no negócio das partes (contratantes ou não) de instituição de arbitragem que tem por objeto a solução de determinado litígio, pela arbitragem.

Já a convenção de prévia atividade conciliatória se situa no plano intermediário entre a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, como se representasse uma ponte, ou *link*, entre os dois fenômenos jurídicos, entre a posição jurídica identificada pela obrigação de constituir a arbitragem e a posição jurídica de quem já constituiu a arbitragem para a solução do litígio.

Ao prescrever o art. 1º, da Lei de Arbitragem brasileira, parece não haver a menor dúvida de que tal faculdade positivada por norma jurídica (ou de direito subjetivo) não só não obriga as partes a recorrerem à arbitragem, como também as impede de ir a juízo, se as partes se comprometeram voluntariamente com a arbitragem e com os demais meios de soluções de controvérsia.

Como dissemos, se a lei não proíbe, ninguém deve se valer da arbitragem, nem da conciliação, nem de alguma outra forma de solução de controvérsia para resolver o conflito amigavelmente entre elas, leia-se: mediação, conciliação e negociação, e se a viabilidade jurídica de tais formas de solução de controvérsias depende fundamentalmente dos três mesmos requisitos, quais sejam, capacidade dos contratantes ou partes em conflito, litígio que verse sobre direitos patrimoniais disponíveis e vontade dos contratantes ou partes de se submeterem a um desse meios alternativos de solução (requisitos de ordem: subjetiva, objetiva e formal, conforme art. 104 do CC) – destacamos “fundamentalmente”, dentre outras razões, porque direitos não patrimoniais há que admitem transação –, somos obrigados a reconhecer que, frente à concessão legal à autonomia da vontade representada pelos institutos da arbitragem e da conciliação, nada impede que, por acordo de vontades, a fórmula da arbitragem fique submetida ao esgotamento da via conciliatória, até porque a lógica da arbitragem é a da conciliação, mediação e negociação. Tratando-se de direitos disponíveis e pessoas capazes, quem pode o mais, que é renunciar ao direito, simplesmente não o exercer, ou, no processo, renunciar, reconhecer a juridicidade do pedido, sujeitar-se aos efeitos da revelia por mera inação, confessar os fatos que lhe dão fundamento, pode o menos, que é celebrar, judicial ou extrajudicialmente (artigos 851 a 853 do CC), qualquer acordo ou submeter o litígio a um juiz não estatal (a um árbitro) ou fazer as duas coisas sequencialmente, vale dizer, convencionar a tentativa de conciliação para, em seguida, firmar o compromisso arbitral. Afinal, a disponibilidade dos direitos que justifica tanto a conciliação quanto a arbitragem justifica e legitima a condição de só recorrer à arbitragem após a infrutífera tentativa de conciliação. Aliás, e como argumento último, vale lembrar que a tendência em prol da conciliação,<sup>6</sup>

<sup>6</sup> Vide: Provimento nº 965/2005, do Tribunal de Justiça de São Paulo, e livro publicado pelo Sebrae, CACB e Cbmae, com artigos do Prêmio Acesso à Justiça, onde fomos agraciados com prêmio

antes do julgamento do conflito, tem-se feito sentir, recentemente, na própria seara do direito processual civil, trabalhista e mesmo penal.

A conciliação, a mediação e a negociação são formas alternativas para soluções de conflitos amplamente utilizadas no mundo que devem anteceder o procedimento arbitral; portanto, com base nos princípios contratuais da probidade, boa-fé, na função social do contrato e na própria autonomia da vontade das partes (artigos 421, 422 e o parágrafo único do artigo 2.035, todos do CC), deve-se buscar uma dessas formas para solucionar o conflito, antes mesmo de ser solucionado via arbitragem. Ao nosso ver, portanto, a lógica que se deve utilizar na arbitragem é a tentativa de restabelecer o *status quo*.

Mas pode, uma das partes, ingressar com medidas no Judiciário, anteriormente à tentativa amigável de acordo, e/ou anteriormente à propositura do procedimento arbitral para a obtenção de medida liminar de “proteção imediata”, fato que ocorre muito nos dias atuais? Vejamos isso em Capítulo apartado, já que necessariamente devemos analisar, ainda, a capacidade para firmar cláusula arbitral e o problema da validade e da eficácia da cláusula que descarta o uso da cautelar ou de medidas coercitivas no Poder Judiciário.

Partindo-se da premissa de que exista cláusula compromissória estabelecida entre as partes, em primeiro lugar, sob o ponto de vista formal/positivo e com base na Lei nº 9.307/96, que traz em seu artigo 22, § 4º, os seguintes dizeres: “*Ressalvado o disposto no § 2º<sup>7</sup> havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa*”, podemos concluir que sim – pela lógica formal do silogismo regular –, pode-se ingressar com medida liminar de proteção imediata, por mais que isso fira a lógica material do próprio instituto arbitral.

Verificamos que a vinculação à arbitragem, seja na modalidade de cláusula compromissória inserida num contrato ou em compromisso arbitral (espécie do gênero convenção de arbitragem), só surtirá efeito de eficácia e validade quando advenha da vontade inconcussa das partes em pactuá-los (cláusula compromissória ou compromisso arbitral). Esta é, inclusive, a condição *sine qua non* que confere constitucionalidade ao instituto jurídico da arbitragem, pois é justamente na faculdade, na opção consensual e consciente da eleição da arbitragem que esta (a constitucionalidade) reside.

Ademais, nestes termos, inclusive, a constitucionalidade da arbitragem encontra-se referendada e definitivamente chancelada pelo pleno do Supremo Tri-

---

pelo projeto-artigo: “Um novo modelo de acesso à justiça – o setor de conciliação em primeiro grau no Fórum João Mendes Jr.”

<sup>7</sup> “§ 2º Em caso de desentendimento, sem justa causa, da convocação para prestar depoimento pessoal, o árbitro ou o tribunal arbitral levará em consideração o comportamento da parte faltosa, ao proferir sua sentença; se a ausência for de testemunha, nas mesmas circunstâncias, poderá o árbitro ou o presidente do tribunal requerer à autoridade judiciária que conduza a testemunha renitente, comprovando a existência da convenção de arbitragem.”

bunal Federal – STF Ao exarar seu voto em ação de reconhecimento de sentença arbitral, o Ministro Nelson Jobim aduziu que: “*não há nenhuma vedação constitucional a que as partes, maiores e capazes, ajustem a submissão de conflitos, que possam decorrer de contrato específico, ao sistema de arbitragem*”.<sup>8</sup> (grifo nosso).

A nosso ver, a questão posta pode ser facilmente resolvida à luz do princípio da autonomia da vontade, que se encontra na base do instituto jurídico da arbitragem e cujas fronteiras se encontram firme e expressamente estabelecidas já no art. 1º da Lei Arbitral brasileira, quais sejam: 1ª) capacidade das pessoas de contratar; 2ª) disponibilidade do direito patrimonial a discutir; 3ª) vontade das partes em conflito de se submeterem à vida arbitral.

Delimitando, assim, o “território” dentro do qual as pessoas podem estabelecer como serão resolvidas suas pendências por um terceiro que elas próprias escolhem, surge uma questão fundamental expressa pela seguinte pergunta: existe total liberdade dentro desse “território” para as partes estabelecerem o que quiserem em termos de compromisso arbitral? Evidentemente que não, já que a Lei assegura para a existência do ato requisitos formais. Vejamos:

Em primeiro lugar, bastando argumentar com a própria existência da Lei de Arbitragem que estabelece regras de cumprimento obrigatório como, por exemplo: a que impõe forma escrita à cláusula compromissória (art. 4º, § 1º); a que impõe duas testemunhas para o compromisso extrajudicial (art. 9º, § 2º); os requisitos que devem constar “obrigatoriamente, do compromisso arbitral” (art. 10); a exigência de capacidade do árbitro (art. 13, *caput*); os impedimentos do árbitro (art. 14); a equiparação do árbitro ao funcionário público para fins penais (art. 17); a instituição da arbitragem pela aceitação do(s) árbitro(s) (art. 19, *caput*); a exigência de arguição de incompetência, suspeição ou impedimento, nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção “na primeira oportunidade que tiver de se manifestar (a parte), após a instituição da arbitragem” (art. 20) e suas consequências (§§ 1º e 2º, do mesmo artigo); a tentativa de conciliação no “início do procedimento” (art. 21, § 4º); a disciplina dos poderes do árbitro (arts. 8º, parágrafo único, 13, §§ 4º e 7º, 21, 22 e 25); a exigência de aplicação dos princípios de contraditório, igualdade, imparcialidade e livre convencimento (art. 21, § 2º) e a exigência de documento escrito para a sentença arbitral (art. 21, *caput*); os “requisitos obrigatórios da sentença arbitral” (art. 26), entre outros dispositivos, todas essas normas em conjunto com os princípios encontrados no Código Civil de 2002, quais sejam: boa-fé, probidade e função social do contrato delimitam a autonomia da vontade, mas estruturam o instituto da arbitragem.

Mas, também, em relação a tantos outros aspectos, em que as partes gozam de liberdade, como visto, o princípio da autonomia da vontade se faz valer, mani-

<sup>8</sup> SEC 5.206, j. 12-12-2001, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. No mesmo sentido: FIGUEIREDO TEIXEIRA, Sálvio de. *A arbitragem no sistema jurídico brasileiro*. In: GARCEZ, José M. Rossani (Org.). *A Arbitragem na Era da Globalização*, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 30-31.

festando-se, também, por inúmeras prerrogativas concedidas às partes:<sup>9</sup> a escolha entre a arbitragem de direito ou de equidade (art. 2º; a escolha do procedimento de “órgão arbitral ou entidade especializada” (art. 5º); a escolha do local onde se desenvolverá a arbitragem (art. 11, inciso I); autorização para que se julgue por equidade (art. 11, inc. II); a definição do prazo para a apresentação da sentença arbitral (art. 11, inc. III); a indicação da “lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis” (art. 11, inc. IV); a fixação dos honorários do(s) árbitro(s) (art. 11, VI); a definição do “processo de escolha dos árbitros” ou adoção de “regras de órgão arbitral institucional ou entidade especialidade” (art. 13, § 3º); a definição do procedimento exclusivamente pelas partes (art. 21, *caput*); a faculdade de postular por meio de advogado (art. 21, § 3º); a faculdade de fazer acordo a qualquer momento no decurso da arbitragem (art. 28). Se bem que algumas dessas prerrogativas decorram de regras que têm mais aparência de normas processuais do que qualquer outra coisa, parece inegável que de uma grande dose de liberdade jurídica dispõem as partes quando resolvem instituir juízo arbitral para solucionar suas pendências, sendo a autonomia da vontade e o princípio da igualdade os pilares para instituir a arbitragem.

Pois bem, se, apesar das normas de ordem pública, a liberdade ainda é a nota marcante de arbitragem, tanto no plano do compromisso arbitral como no anterior da cláusula compromissória, parece-nos isento de dúvidas que também esta pode ter sua eficácia subordinada a um elemento positivo, como a preliminar atividade conciliatória, assim como a um elemento negativo, como recorrer à via jurisdicional para obtenção de providência cautelar urgente, quando solicitado pelos árbitros. Da mesma forma como as partes podem celebrar cláusula compromissória sem declarar qualquer justificativa, podem elas, assim como fazem em tantos negócios jurídicos materiais, subordinar a eficácia do seu compromisso à prévia conciliação ou a qualquer outro evento futuro e incerto que desejarem (a chegada de um navio, a subida do dólar, a baixa da bolsa, a perda de uma safra etc.).

A arbitragem só pode prosperar em ambiente no qual tenha sido eleita pelas partes de modo regular, em que tenha sido possível externar sua real e incontestada vontade em submeter-se à arbitragem. O princípio da autonomia da vontade é de aplicação inescusável, constitui preceito de ordem pública e ascende à constitucionalidade do instituto jurídico da arbitragem.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> Conforme nosso entendimento: GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. *Arbitragem*. São Paulo: Quartier Latin, 2003; GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. Compromisso – uma análise deste contrato ‘sui generis’ e do instituto da arbitragem. In: GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (Coord.). *Novos Rumos da Arbitragem no Brasil*, São Paulo, Fiuza Editores, 2004, p. 255.

<sup>10</sup> Neste sentido a questão pode ser também abordada à luz da teoria garantista da arbitragem, tal como extremada pelo professor espanhol Antonio M. LORCA NAVARRETE, posto que a arbitragem projeta-se no sistema de garantias processuais constitucionais (*due process of law*), estabelecido no art. 24 da Constituição Espanhola, similar ao art. 5º, XXXV, da Constituição Brasileira (*Derecho de Arbitraje Interno e Internacional*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 18).

## 2 Capacidade para firmar cláusula arbitral

O disposto no § 3º, do art. 13, da Lei nº 9.307/96, estabelece que:

*“As partes poderão, de comum acordo, estabelecer, o processo de escolha dos árbitros, ou adotar as regras de um órgão arbitral institucional, ou entidade especializada.”*

Como escreve Carlos Alberto Carmona:<sup>11</sup> *“árbitro é a pessoa física indicada pelas partes – ou por delegação delas – para solucionar uma controvérsia que envolva direito disponível”* e, depois, comentando: *“O processo de escolha dos árbitros”, enfatiza: “a autonomia da vontade foi amplamente respeitada (poder-se-ia dizer, até, estimulada!), de sorte que podem as partes disciplinar o método de escolha dos árbitros”. E, mais adiante, complementa: “Os métodos diretos garantem participação efetiva dos litigantes na aceitação ou exclusão de certos nomes; os métodos indiretos limitam-se a permitir a escolha de quem fará previamente um espectro das qualidades que esperam encontrar no árbitro a ser escolhido...”*

Como se pode, então, observar novamente, tem pleno vigor entre nós o princípio da autonomia da vontade – como, aliás, em relação a vários outros aspectos da arbitragem que tivemos a oportunidade de ressaltar no curso desse artigo –, mas queremos chamar a atenção para o fato de que a legalidade e validade da cláusula que ora nos ocupa podem não decorrer apenas do texto do § 3º, do art. 13, da Lei de Arbitragem, antes de uma interpretação extensiva do § 2º do mesmo artigo, ou mesmo de uma interpretação conjugada de ambos. Eis o porquê de termos afirmado linhas atrás que o referido § 3º incide apenas com “relativa clareza” na hipótese concreta sob análise.

É que o § 3º, do art. 13, por si só, não autoriza expressamente as partes contratantes a realizarem o que as partes estabeleceram na cláusula compromissória do contrato. O § 3º em questão prevê duas hipóteses diferentes e inconfundíveis: 1ª) as partes estabelecem, entre si e para si todo o processo de escolha dos árbitros, ou: 2ª) as partes adotam, quanto à escolha, as regras prontas de um órgão arbitral, institucional, ou entidade especializada. Sob uma ótica mais literal, este é o estrito teor normativo do parágrafo sob enfoque, que se caracterizaria pelo fato de as próprias partes escolherem o árbitro, quer segundo regras e critérios que elas mesmas criaram (a 1ª hipótese contemplada pelo § 3º), quer segundo regras e critérios que elas adotaram, ou importaram, de órgão arbitral institucional ou entidade especializada (a 2ª hipótese contemplada).

Note-se que se for adotada tal interpretação de caráter mais literal e restritivo do § 3º, do art. 13, a escolha do árbitro por um terceiro escapa ao seu regramento para cair na malha de incidência do § 2º, que expressamente admite a um terceiro realizar a escolha do árbitro, embora, igualmente, sob o prisma literal,

<sup>11</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*, São Paulo: RT, p. 158-163.

somente em dois casos: 1<sup>o</sup>) quando forem nomeados árbitros em número par, ficando estes autorizados a escolher mais um; 2<sup>o</sup>) quando, não havendo acordo entre os árbitros nomeados em número par, fica, *ex vi legis*, autorizada a Câmara que regulará a arbitragem.

Quer assim se admita a interpretação restritiva, como sugerida inicialmente para o § 3<sup>o</sup>, e uma interpretação extensiva para o § 2<sup>o</sup>, quer se reconheça uma interpretação mais aberta, e talvez mais razoável, da locução “processo de escolha dos árbitros” (para compreender no bojo do § 3<sup>o</sup> a faculdade de os contratantes outorgarem a um terceiro o poder de nomeação), interpretando-se restritivamente, por conseqüência, o texto do § 2<sup>o</sup>, o fato é que qualquer que seja a postura interpretativa adotada para os §§ 2<sup>o</sup> e 3<sup>o</sup>, do art. 13, da Lei de Arbitragem, o resultado será o mesmo: a liberdade conferida pela lei às partes para estabelecerem o sofisticado processo de escolha que acabou constando da cláusula compromissória do contrato.

Em suma, as partes, ao escolherem a arbitragem *ad hoc*, o árbitro terá o poder ao deferir ou não uma medida cautelar, já ao escolher a arbitragem institucionalizada, as partes terão uma Câmara para estabelecer regras ao Tribunal eleito pelas partes e este sim terá o poder em deferir ou não uma medida cautelar, mas nunca a Câmara.

### 3 O problema da validade e da eficácia da cláusula que descarta o uso da cautelar ou de medidas coercitivas no Poder Judiciário

Compreendida, de alguma maneira, a vontade das partes contratantes, precisamos verificar agora em que medida os efeitos por elas desejados estão autorizados a se produzir pela ordem jurídica brasileira.

Primeiramente, importante se faz analisar a diferença entre Câmara arbitral e Tribunal arbitral.

Câmara arbitral é a entidade que regulará a arbitragem, em uma arbitragem institucionalizada; já o Tribunal Arbitral será a reunião dos árbitros eleitos pelas partes, portanto não se confundem as duas figuras na arbitragem, já que as partes escolheram na cláusula arbitral a instituição que regulamentará a arbitragem.

Carlos Alberto Carmona<sup>12</sup> preleciona: “a cláusula compromissória cheia (ou incompleta), haja vista que a cláusula cheia é aquela em que as partes, valendo-se da faculdade prevista no artigo 5<sup>o</sup> da Lei de Arbitragem, reportam-se às regras de um órgão arbitral ou entidade especializada, caso em que a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras; reputa-se vazia a cláusula que não se

<sup>12</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e o Processo: um comentário à Lei 9.307/96*, São Paulo, Malheiros, 1998, p. 29-99.

reporta às citadas regras, nem contenha as indicações para nomeação de árbitros, de forma a possibilitar a constituição do juízo arbitral”, para instrumentar um possível litígio.

A Câmara somente regulamentará o procedimento, servirá como um cartório para os árbitros e para as partes, nunca terá o poder decisório em deferir uma medida cautelar.

Portanto, não é plausível regulamento de Câmara que delimita a liberdade das partes em solicitar medidas cautelares, nem mesmo a própria convenção arbitral, já que, como visto acima, a autonomia da vontade é delimitada pelo ordenamento jurídico, sendo, portanto, inexistente este tipo de “lei entre as partes”, já que contraria o requisito formal do negócio jurídico.

Seja pela autonomia da vontade, seja pela cláusula arbitral cheia, não é competente a Justiça Brasileira para julgar litígio, mas e as liminares?

#### 4 O uso da medida cautelar no procedimento arbitral

Na atividade arbitral, quando necessário, poderá o árbitro ou o tribunal tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício, sempre visando à instrução no instituto, conforme já descrito. O artigo 22 da Lei nº 9.307/96 estabelece:

*“Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício.*

[...]

*§ 4º Ressalvado o disposto no § 2º, havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa.”*

Carlos Alberto Carmona, um dos integrantes da Comissão Relatora do projeto que deu origem à redação da Lei de Arbitragem, parte do princípio de que, de modo geral, esta faculdade de concessão de medidas cautelares pertence aos árbitros, e não ao juiz togado, não obstante a redação da lei, a qual considera evasiva.

De acordo com Selma Ferreira Lemes:<sup>13</sup> *“as medidas cautelares são providências de urgência adotadas para assegurar um direito, propostas antes ou no curso do processo arbitral ou judicial, quando presentes as condições legais, tais como, o perigo de dano com a demora e a probabilidade da existência do direito invocado”.*

<sup>13</sup> Selma Ferreira Lemes in artigo retirado do Valor Econômico.

Ao nosso ver e com base na sistemática introduzida pela Lei nº 9.307/96, o árbitro passou a contar com a possibilidade de decretá-la. Todavia, não pode executá-la, pois é atividade adstrita ao juiz estatal. O árbitro tem jurisdição, mas não pode exercer a constrictão peculiar de um juiz. Diante da necessidade de se obter uma medida cautelar de urgência, a parte pode solicitá-la ao árbitro, mas se houver resistência no acatamento do determinado, o árbitro deverá encaminhar solicitação de execução ao juiz togado. A relação que se estabelece entre o juiz togado e o árbitro não é de subordinação, mas de complementação e colaboração.

Pragmaticamente, esclarece Selma Lemes a forma de operacionalizar essa solicitação: seria como se o árbitro enviasse um ofício, ou como ocorre quando um juiz de uma comarca solicita ao juiz de outra localidade que proceda à citação de réu ou que adote alguma providência na área de sua jurisdição.

Pode ocorrer que essa medida cautelar de urgência precise ser adotada na fase prévia da arbitragem, quando ainda não foi solicitada a instauração do processo, ou quando o tribunal arbitral ainda não esteja constituído. Neste caso, a parte interessada encaminhará solicitação diretamente ao juiz estatal, que poderá apreciar a solicitação e o seu deferimento. Em seguida, notando que a lei determina a propositura da ação principal no prazo de 30 dias, deverá, em consequência, propor a demanda arbitral. A solicitação prévia da medida cautelar não representará renúncia à arbitragem nem é incompatível com ela.

Todavia, a Lei de Arbitragem, ao dispor que a arbitragem está instituída a partir da aceitação dos árbitros, está a se projetar, a princípio, para o futuro, não para o passado. Desde que adotadas as providências para instaurar a arbitragem, o provimento judicial que concedeu a medida liminar perdura, pois, a par do que ocorre na demanda judicial, é com a propositura da ação que este requisito está preenchido. Assim, a medida cautelar terá eficácia mesmo que o tribunal arbitral não esteja constituído naquele prazo. Ademais, a parte não pode ser prejudicada por um fato que foge ao seu controle.

## 5 Conclusão

Ao nosso entender, a Lei nº 9.307/96 traz um requisito mais positivo que a tentativa da arbitragem pela via da conciliação; portanto, os meios alternativos como mediação, conciliação e negociação devem ser tentados, mesmo anteriormente a instauração do Tribunal arbitral.

Seja em função do princípio da autonomia da vontade, a cláusula arbitral que pressupõe acordo de vontades ou troca de consentimentos, completando que a forma escrita tem o condão de demonstrar que as partes ponderaram devidamente sobre as consequências de sua opção, posto que afastaram o acesso aos tribunais estaduais e o exercício por estes de sua função, seja porque a autonomia

da vontade está adstrita à dignidade da pessoa humana, que em um Estado democrático de direito é a autodeterminação de cada parte, portanto, a expressão da inequívoca vontade de submeter-se à arbitragem é uma questão que se vincula à existência mesma da vontade de submeter-se a arbitragem e a sua extensão. O que supõe conectar-se com sua real e positiva existência e dimensioná-la extensivamente com respeito às demais cláusulas e às que se relacionam com a convenção de arbitragem, surgindo assim uma apreciação mais fática que jurídica sobre a inequívoca vontade de submeter-se à arbitragem. Porém, ao mesmo tempo, a expressão de inequívoca vontade possui uma indubitável relevância jurídica como expressão de um ato próprio consistente em uma declaração de vontade manifestada em termos concludentes e inequívocos reveladora da atividade de quem deseja – através dessa vontade – subscrever uma convenção de arbitragem, surgindo assim a vinculação da doutrina dos atos próprios com a prestação do consentimento com o fim de que fique expressa na convenção de arbitragem a inequívoca vontade de submeter-se a ela.

Em suma, caso não seja possível solucionar por meios alternativos, leia-se: mediação, conciliação e negociação, a forma de operacionalizar essa solicitação seria como se o árbitro enviasse um ofício, ou como ocorre quando um juiz de uma comarca solicita ao juiz de outra localidade que proceda à citação de réu ou que adote alguma providência na área de sua jurisdição, caso ocorra a adoção desta medida na fase prévia da arbitragem, quando ainda não foi solicitada a instauração do processo, ou quando o tribunal arbitral ainda não esteja constituído. Neste caso, a parte interessada encaminhará solicitação diretamente ao juiz estatal, que poderá apreciar a solicitação e o seu deferimento. Em seguida, notando que a lei determina a propositura da ação principal no prazo de 30 (trinta) dias, deverá, em consequência, propor a demanda arbitral. A solicitação prévia da medida cautelar não representará renúncia à arbitragem nem é incompatível com ela.

Impossível é a Câmara de arbitragem solicitar qualquer tipo de medida cautelar ao Poder Judiciário.

## Referências

- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e o processo: um comentário à Lei 9.307/96*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*. São Paulo: RT.
- GARCEZ, José M. Rossani (Org.). *A Arbitragem na Era da Globalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. *Arbitragem*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. Compromisso – uma análise deste contrato “sui generis” e do instituto da arbitragem. In: GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (Coord.). *Novos Rumos da Arbitragem no Brasil*, São Paulo, Fiuza Editores, 2004.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. Os principais problemas e questionamentos dos operadores do direito em relação a arbitragem. In: NERY JR., Nelson (Coord.). *Revista de Direito Privado*, nº 23, São Paulo: RT, 2005.

LEMES, Selma. Cláusulas arbitrais ambíguas ou contraditórias e a interpretação da vontade das partes. In: MARTINS, Pedro Batista; GARCEZ, José M. Rossani (Org.). *Reflexões sobre Arbitragem in Memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*, São Paulo, LTr, 2002.

NAVARRETE, Antonio M. LORCA. *Derecho de Arbitrage Interno e Internacional*, Madrid, Tecnos, 1989.

## ARBITRAGEM

Estudos em Homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, *In Memoriam*

1. Procedimento arbitral atual: necessidade de um diálogo de reforma?
2. A importância da sede da arbitragem
3. Considerações sobre a cláusula compromissória e a eleição de foro
4. O árbitro e as normas criadas judicialmente: notas sobre a sujeição do árbitro à súmula vinculante e ao precedente
5. A autonomia da vontade para escolha da lei aplicável no direito internacional privado brasileiro
6. Nova cultura do litígio: necessária mudança de postura
7. Os pressupostos da arbitragem e a solução de controvérsias em blocos econômicos
8. O uso da medida cautelar no procedimento arbitral
9. O papel da arbitragem na tutela dos interesses difusos e coletivos
10. A ordem pública nacional e a sua operação nas arbitragens relativas a investimentos
11. A homologação de sentença arbitral estrangeira: a convenção de Nova Iorque de 1958 e o direito brasileiro de arbitragem
12. A arbitragem e a decisão por equidade no direito brasileiro e comparado
13. Garantías ordinarias versus garantías constitucionales en el arbitraje?
14. Mundialização do direito
15. A arbitragem e o mito da sentença parcial
16. A tutela antecipatória no procedimento pré-arbitral
17. Reflexões indispensáveis sobre a utilização da arbitragem e de meios extrajudiciais de solução de controvérsias
18. Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras
19. Efeitos jurídicos da decretação da falência e da concessão da recuperação judicial em relação à arbitragem no direito brasileiro
20. Solução de controvérsias na indústria do petróleo
21. Desnecessária conexão entre disponibilidade do objeto da lide e admissibilidade de arbitragem: reflexões evolutivas
22. Existe um consenso internacional no âmbito da arbitragem comercial? Está o Brasil em linha com tal consenso?
23. O princípio da *kompetenz-kompetenz* revisto pelo Supremo Tribunal Federal de Justiça alemão (*Bundesgerichtshof*)
24. Validade e eficácia da convenção de arbitragem em contratos administrativos: a ótica judiciária
25. A evolução do direito e a arbitragem
26. Sentenças arbitrais formam jurisprudência?

**publicação atlas**

[www.EditoraAtlas.com.br](http://www.EditoraAtlas.com.br)